

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 13 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 3 - 28020
Tfno: 914932742,914936577
Fax: 914932744
42020310

(01) 30993822730

NIG: 28.079.00.2-2014/0006235

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 337/2014-F

Demandante: D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

CATALUNYA BANC SA

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 174/2017

En Madrid a dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, Doña María Soledad Escolano Enguita, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, los autos de Juicio Ordinario número 337/14, siendo parte demandante DON

SANCHEZ, representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA

, bajo la dirección del Letrado Don N

, y parte demandada CATALUNYA BANC SA, representada por el Procurador de los Tribunales DON

Don y DON

representado por el Procurador de los Tribunales

y asistido del Letrado Doña contrato.

nulidad parcial de

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador DOÑA A, en la representación citada, se presentó demanda por la que promovía juicio declarativo ordinario contra CATALUNYA CAIXA, en la que se exponía que los ahora demandantes, con formación y cultura básicas y careciendo de los conocimientos financieros necesarios, suscribieron el 8 de Mayo de 2007, escritura de préstamo hipotecario en yenes japoneses con CAIXA D'Estalvis de Catalunya; que la misma se efectuó por iniciativa de la entidad demandada a través de un comercial de la misma que acudió al centro de trabajo donde la demandante trabajaba como sastre, y al que acudía con asiduidad siendo conocido por gestionar hipotecas con muy buenas condiciones para los empleados; que la demandante accedió a escuchar la propuesta al encontrarse su hijo agobiado por el préstamo solicitado hacía un año para pagar una vivienda en el que la demandante figuraban como parte fiadora; que el comercial fue a su domicilio insistiéndoles en que el préstamo que les ofrecía era muy beneficioso porque pagarían menos



LAUREN LCHAVARRIA TERROBA
LICENCIADA EN DERECHO
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Nº Colegiada 1.288
C/ Princesa, 72 - 4ª D - 28008 MADRID
Teléfono: 91.543.19.71 Móvil: 630.80.77.27
Fax: 91.550.30.97



SECRET

CONFIDENTIAL



CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL

CONFIDENTIAL



producto para cambiar el préstamo, resulta claro que se concede en yenes y el tipo de interés era LIBOR YEN a 3 meses +1, el Notario expresamente advirtió los riesgos de fluctuación y estaban asistidos de su asesor financiero; en todo caso el error no puede ser excusable; que en todo caso no resulta de aplicación la normativa MIFID en su redacción vigente en Junio de 2007 y no se requería la oferta vinculante de la OM de 5-5-94; que en todo caso no se contienen cláusulas abusivas. Alegando posteriormente los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó suplicando se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a la demandada, con expresa imposición de las costas al actor.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 414-1 de la LEC se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio establecida en el citado artículo con los fines previstos en la misma, habiéndose utilizado para su documentación soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen de conformidad con lo establecido en el artículo 187 y 146 de la LEC, compareciendo las partes mediante la respectivas representaciones y asistencias letradas, sin que se llegará a un acuerdo o transacción entre las mismas, y dado traslado de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteado por la demandada, se aceptó la misma por la demandante, por lo que se acordó el emplazamiento de [redacted] aportándose la correspondiente copia por el demandante.

Emplazado DON [redacted] A compareció en los autos, personándose el mismo a través de la Procuradora [redacted] y asistido del Letrado Doña [redacted], allanándose íntegramente a la demanda.

Señalada nuevamente la audiencia previa, comparecieron al acto las partes, habiéndose utilizado para su documentación soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen de conformidad con lo establecido en el artículo 187 y 146 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose impugnado ninguno de los documentos aportados por las partes, quedó fijado el objeto del proceso en si el producto ha de conceptuarse como un derivado financiero o un préstamo hipotecario y si por tanto tiene carácter complejo; de quién fue la iniciativa, si se informó debidamente de las condiciones a los demandantes, perfil inversor de los mismos, caducidad y aplicación o no de la normativa MIFID y de la Ley de Mercado de Valores.

Y admitido el procedimiento a prueba por la parte actora se propusieron la documental aportada, testifical y pericial; por la parte demandada CATALUNYA BANC SA se propuso la documental aportada, más documental, interrogatorio de los demandantes y del codemandado y testifical; adhiriéndose el codemandado [redacted] a la prueba propuesta por la parte demandante. Y admitida la prueba se señaló a continuación el día 14 de febrero de 2017 para la celebración del juicio a las 9,30 horas.

CUARTO.- El juicio se celebró en el día señalado, habiéndose utilizado para su documentación soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen de conformidad con lo establecido en el artículo 187 y 146 de la LEC, compareciendo las partes con la representación y asistencia citadas en el encabezamiento de esta sentencia, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, y tras dar la palabra a las partes para conclusiones y resumen de pruebas, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción en la que de forma principal se solicita la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre [redacted]

con CATALUNYA BANC SA el 8 de Mayo de 2007, en lo que se refiere a las cláusulas relativas a las divisas, integrando el contrato para dejar referenciado el referido préstamo a moneda en EUROS y el tipo de interés al EURIBOR, recalculando las cuotas pagadas y aplicando el exceso de pago realizado a la amortización anticipada de capital; subsidiariamente solicita la nulidad íntegra del contrato con restitución de las prestaciones recíprocas. Y ello sobre la base de la defectuosa información facilitada a los demandantes sobre los efectos de las cláusulas multidivisa, información que los demandantes consideran debió adecuarse a la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto complejo.

Frente a dicha reclamación la demandada se opone a la demanda alegando además de la falta de litisconsorcio pasivo necesario ya resuelta en la audiencia previa, la caducidad de la acción, y con respecto al fondo se alega el interés de los demandantes en el producto que fueron los que acudieron a la demandada, y además fueron asesorados por terceros, un asesor financiero que les representaba y que no era empleado de la demandada, y en todo caso, y como se reconoce en la propia escritura, también fueron informados por la demandada, conociendo los riesgos asociados al tipo de cambio. Considera que en todo caso no es un contrato complejo y que la demandada cumplió con sus obligaciones, no existiendo cláusulas abusivas.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la litis la primera cuestión que debe abordarse viene referida a la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre las partes y que se denomina "hipoteca multidivisa". A este respecto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 84 en sentencia dictada el 12 de Mayo de 2014, viene a hacer un examen exhaustivo de la jurisprudencia al respecto recogiendo *"Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos multidivisa está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro...En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa es ya clásica la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 2012 que indica que los préstamos multidivisa responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide a éste asumir el riesgo que entraña, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que puede reportar. El considerable nivel de complejidad que tienen los préstamos hipotecarios multidivisa como el que se analiza se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad, no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. La sentencia analizaba la pretensión relativa a una hipoteca multidivisa comercializada por BANKINTER S.A., en la que el núcleo de la controversia estaba en la forma de fijar el contravalor de los euros a francos suizos, en concreto, si debía estarse al fijado en una de las cláusulas financieras del contrato o al tipo de cambio oficial a esa fecha, que resultaba inferior y, por ello, más favorable para el prestatario. La demanda, que pretendía la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba un tipo de cambio distinto del oficial y el recálculo de toda la*

operación aplicando el tipo de cambio oficial, fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en una sentencia que fue confirmada por la Audiencia, que consideró que no era abusivo que en el contexto de un préstamo en divisas el banco, que proporciona al cliente en el momento de la contratación una moneda extranjera, aplicara el tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia estuviera ofertando al mercado en lugar del tipo oficial, si, como se apreció en ese caso, las consecuencias de la aplicación de la cláusula estaban concretadas al tiempo de la firma de la escritura pública mediante la cuantificación exacta del importe en divisa por el que quedó concedido el préstamo, lo que evitaba cualquier resultado sorpresivo sobre el tipo de cambio aplicado...Mención especial merece la STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), cuya operativa guarda una sustancial semejanza con este caso. Conforme a la cláusula I/1 de dicho contrato, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así, el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa (extranjera) aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación...Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del artículo 209 del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual...El Jelzálogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del

consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo."

Con posterioridad la naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la denominada hipoteca multidivisa está descrita en la STS de 30 de junio de 2015 en los siguientes términos "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)...El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo...Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo". Y concluía "La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un

instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato, (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley...La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto"... Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar", si bien en la citada sentencia no se declaró la nulidad de la cláusula multidivisa puesto que los demandantes tenían el perfil de clientes expertos por ser profesionales de elevada cualificación, pues el esposo, que fue el que llevó a cabo la contratación del producto, era especialista en Derecho Bancario y en concreto en hipotecas multidivisas.

Con posterioridad la sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 3 de diciembre de 2015, Banif Plus Bank Zrt, asunto C 312/14, que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional húngaro en relación con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (comúnmente denominada "Directiva MiFID") y, en particular, sobre la eventual consideración de un préstamo denominado en divisas como un servicio o actividad de inversión de conformidad con lo previsto en el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID, concluyendo que los préstamos multidivisa no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión. El TJUE consideró que estas operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo. Asimismo, descartó que se pudiera calificar a este contrato como un "contrato de futuros", ya que los préstamos multidivisa son meros préstamos al consumo que no tienen por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato, declarando que: "El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la

comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

De este modo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2017, Sección 8ª, concluye que la doctrina contenida en esta STS ha de ser matizada a la luz de la anteriormente citada, si las operaciones de cambio de divisas realizadas por una entidad de crédito en el marco de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión, tampoco serán exigibles a las entidades bancarias que comercializan préstamos multidivisa en España las obligaciones contenidas en el Capítulo I, Título de VII de la recientemente aprobada LMV, relativas a las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, pero añade la citada sentencia *“Sentado lo anterior, la STS de Pleno de 24 de marzo de 2015 reitera la doctrina contenida en la Sentencia 41/2013, de 9 de mayo en relación al control de transparencia según la cual además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, según diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». Se establece así el parámetro de transparencia, también analizado en reiteradas resoluciones del TJUE. Concretamente y referida a una préstamo denominado en divisa extranjera y las cláusulas relativas a la cotización de cambio, la STJUE (sala cuarta) de 30 de abril de 2014, asunto c-26/13, impone una interpretación expansiva del requisito de transparencia: la exigencia de transparencia no puede quedar reducida a la comprensión formal y gramatical de las cláusulas contractuales por parte del consumidor. De esta forma, resulta de radical importancia que el consumidor dispusiera antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En la contratación de hipotecas multidivisa ello se traduce en la necesidad de que el consumidor conociera el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que pudiera prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Así afirma el TJUE que, corresponde al Tribunal (nacional) determinar si la publicidad e información otorgada permite a " un consumidor medio, normalmente informado y*

razonablemente atento y cuidadoso podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, (...) sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo", para concluir que « el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Sin embargo la discrepancia entre la sentencia de nuestro Alto Tribunal, y la dictada por el TJUE, ha sido resuelta ya por nuestra doctrina jurisprudencial, en el sentido de que, "siendo el TJUE el máximo intérprete de la normativa europea y el TS de la española, interpretando el TJUE una directiva que, por definición, establece unos "mínimos", en nada impide que sean mejorados por la legislación nacional en atención a la función tuitiva del consumidor que la norma persigue" (SAP Burgos de 5 abril 2016, por todas). Y como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2016 "La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. La Directiva MIFID fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, norma que ha sido derogada por el reciente Real Decreto legislativo 4/2015 de 23 de octubre (EDL 2015/182875) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. La transposición de la Directiva MIFID incorporó para las entidades financieras que comercializaban productos de inversión una serie de obligaciones de información, entre las que se incluía la necesidad de realizar a sus clientes los conocidos como test de conveniencia y de idoneidad, con el fin de cerciorarse de la adecuación del producto de inversión al nivel de conocimientos del cliente con carácter previo a su contratación. El artículo 79 bis 6 LMV establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esta información es la base del test de idoneidad regulado en el artículo 72 del RD 217/2008. A través del test de idoneidad se valoran tres bloques esenciales: conocimientos y experiencia del cliente, situación financiera y objetivos de inversión. Se trata de determinar si el cliente puede comprender el producto y los riesgos que conlleva, para lo que la entidad financiera debe obtener información sobre los siguientes extremos: Los tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con que está familiarizado. La naturaleza, volumen y frecuencia de las operaciones sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se han llevado a cabo. El nivel de formación y su profesión. Sobre su situación financiera (segundo bloque),

que debe permitir, entre otras cosas, conocer las necesidades de liquidez o la tolerancia al riesgo, la entidad debe indagar: El nivel y la fuente de ingresos periódicos. Sus activos - líquidos, inmuebles e inversiones-. Los compromisos financieros periódicos. Y por último, para saber cuáles son sus objetivos de inversión, la entidad debe recabar información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, las finalidades de inversión y el perfil de riesgo, fijando la pérdida máxima que el cliente estaría dispuesto a asumir. Y, en todo caso, si la entidad no obtiene esta información, debe abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. El artículo 79 bis 7 de la LMV establece, por lo demás, la obligación de realizar la evaluación de la conveniencia, esto es, de solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada. El objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. Los factores a analizar en el ámbito de la conveniencia, según el artículo 74 del ya citado Real Decreto 217/2008, son: su experiencia inversora, es decir, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; el nivel de estudios, la profesión actual o anteriores que resulten relevantes, es decir, su nivel general de formación y experiencia profesional; su nivel general de conocimientos financieros o, lo que es lo mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado."

TERCERO.- Entrando a conocer del supuesto litigioso, aparece en primer término que el contrato se suscribe el 8 de Mayo de 2007, siendo de destacar los pactos: "SEGUNDO.-AMORTIZACIÓN

A)El prestatario se obliga a devolver el capital del préstamo en el plazo de VEINTICINCO años, a partir del día ocho de Mayo de dos mil siete, mediante cien cuotas trimestrales, comprensivas de capital e intereses, pagaderas el último día de cada Período de Intereses, correspondiendo efectuar el primer pago el día ocho de Agosto del año dos mil siete y el último el día ocho de Mayo del año dos mil treinta y dos, debiendo pagarse precisamente en la misma divisa en que se haya efectuado el último pago, salvo lo dispuesto en el apartado C) siguiente."

"B) El prestatario, con tres días de antelación a la finalización de un Período de Intereses, deberá tener saldo suficiente en la cuenta de cargo de las cuotas para adeudar la correspondiente a dicho Período de Intereses.

La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la Caja, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha del vencimiento de la cuota."

"C) OPCIÓN MULTIDIVISA

Esta opción podrá ejercitarse, a petición del prestatario, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) El prestatario notificará a la Caja, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al

comienzo de un Periodo de Intereses, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacer la cuota correspondiente al próximo Período de Intereses, en euros o en una de las Divisas Alternativas (divisa cuyo cambio haya sido publicado por la Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España).

b) La cantidad de Divisa Alternativa objeto de la presente opción será la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España, de dos días hábiles (del Mercado de divisas de Madrid) antes de la fecha en que se inicie cada Período de Intereses.

c) El ejercicio de esta opción habrá de ser por una Divisa Alternativa cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto tercero bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto noveno.

d) Si el prestatario, en un determinado Periodo de Intereses, no optara por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente Período de Intereses mediante una moneda alternativa de las indicadas, u optara por una a las que se refiere la letra c) anterior, se entenderá que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior."

D) El prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero, entre la divisa prestada y su cambio a euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas represente un incremento de la deuda en euros.

Constatado que el cambio a euros, del capital en divisas pendiente de amortización, no guarda la proporcionalidad anterior y la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha proporcionalidad.

El incumplimiento de la anterior obligación será causa de vencimiento anticipado de la presente operación."

"TERCERO. INTERESES ORDINARIOS.

B) A los efectos de determinar el tipo de interés nominal aplicable en cada momento, el plazo de devolución del préstamo se dividirá en sucesivos períodos de intereses de duración cada uno tres meses..."

C) El tipo de interés nominal aplicable durante el primer Período de Intereses será del 1,69625%.-

D) Los intereses de cada Período de Intereses se devengarán y liquidarán trimestralmente, debiendo pagarse por el Prestatario en la divisa en que se realiza el préstamo, en su caso, en la moneda que se pacte de conformidad con la cláusula segunda, en la misma fecha en que termine cada Período de Intereses en cuestión, sin que sean necesarios indicación o requerimientos previos."

TERCERO.- BIS.- DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERES VARIABLE.

El tipo de interés nominal aplicable en cada Período de Intereses, calculado por la Caja, será el que resulte de sumar un diferencial de un punto porcentual (1,00%) al Tipo de Referencia, para depósitos a tres meses, en la moneda en que se pacte cada uno de los Períodos de Intereses según el pacto quinto.

Para el euros, se entenderá por tipo de referencia, a los efectos del presente contrato, el tipo de interés anual al que se ofrecen depósitos interbancarios en euros dentro de la zona de la unión monetaria europea entre bancos y cajas de primera línea, por un plazo equivalente a la duración del período de interés de que se trate, publicado a las 11 horas de la mañana, hora de Bruselas, en la pantalla "" EURIBOR="" de Reuters de dos días hábiles antes del inicio de cada período de interés.

De no existir cotización del tipo Libor de referencia para este día, se tomará como referencia el correspondiente al último tipo publicado."

"NOVENO.- CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA.

En garantía del capital prestado de Cuarenta y cuatro millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y ocho yenes japoneses (44.867.468,00 Yenes Japoneses), o su contravalor en cualquier otra divisa de las señaladas en el pacto segundo, equivalente a doscientos setenta y tres mil Euros (273.000,00 €) más la cantidad de ... (13.650,00 €) para cubrir las posibles oscilaciones en la paridad entre la divisa en que se ha concedido el préstamo y el euro, del pago de sus intereses hasta el máximo de dos años, al tipo máximo del 10%, de los intereses de demora hasta un máximo de ... (81.000,00 €), así como en garantía de ... (31.434 €), para costas y gastos, sin perjuicio de la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los integrantes de la parte acreditada o deudora.... Constituyen hipoteca sobre cada una de las fincas de las que son dueños, cuya descripción...." Finalmente, dentro del pacto decimotercero, bajo la rúbrica "TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS ", se contiene una rúbrica denominada "ADVERTENCIAS GENERALES" en la que se expresa "A efectos de información y asesoramiento de la parte prestataria, yo, el Notario, advierto expresamente, que la presente operación de crédito no se encuentra sujeta a los preceptos de la Orden de 5 de Mayo de 1994 ... sobre transparencia en las condiciones financieras en los préstamos y créditos hipotecarios.- NO obstante advierto los riesgos que implica la fluctuación de los tipos de cambio.-" y concluye "Leída por mí el Notario, esta escritura a los señores comparecientes luego de advertidos de su derecho para hacerlo por sí, del que no usaron, manifestando haber quedado debidamente informados de su contenido, la encuentran conforme, se ratifican en su contenido y firman conmigo..." por el Sr. Notario se hace constar: "Leen íntegramente lo escrito los señores comparecientes por su elección; se ratifican y firman conmigo; y yo el Notario, doy fé...de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad libre y debidamente informada de los otorgantes o intervinientes..."

Por tanto y, como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de Marzo de 2016 "En atención a la fecha en que se perfeccionó la escritura de "préstamo con garantía hipotecaria" ... las disposiciones legales aplicables con carácter principal son: La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato (artículos 1, 10 y 13). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1, 2, 5, 6, 7, 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación refrenda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las

eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras I

...; imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito CATALUNYA BANC SA; efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables ...; determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera. CAIXA D'Estalvis de Catalunya.

El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número. Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento -artículo 7-.

Catalunya Banc opone la inaplicabilidad de la Orden de 1994 al préstamo litigioso, por no concurrir la circunstancia prevista en su artículo 1.3, de que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas. Circunstancia o requisito que suprimió la Ley 41/2007 al modificar el mencionado precepto que declaró aplicable " con independencia de la cuantía ". Derogación totalmente acorde con la condición de consumidor del cliente y mostrarse contrario dicho requisito a la finalidad principal de la norma de proteger al prestatario que suscribe un préstamo hipotecario, sobre todo cuando el préstamo está denominado en divisas, pues cuanto mayor sea el capital prestado en la misma proporción se incrementa el riesgo asumido por aquél. Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79, antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

En suma, las entidades de crédito están obligadas a proporcionar a sus clientes una

información adecuada, imparcial, clara y transparente sobre el instrumento financiero que pretenden contratar, advirtiéndoles de los riesgos que asumen, con la misma diligencia con que actuarían si los intereses de aquéllos fueran los suyos. Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos."

CUARTO.- Alegada la caducidad de la acción por la parte demandada, la doctrina ha venido distinguiendo los siguientes grados de ineficacia negocial o contractual:

- a) Inexistencia cuando en el contrato falta alguno de los elementos esenciales que señala el artículo 1261 del Código Civil.
- b) Nulidad radical o absoluta, que tiene lugar cuando el contrato, aun reuniendo sus elementos esenciales, es opuesto a alguna ley que declara expresamente esta clase de nulidad.
- c) Anulabilidad o nulidad relativa que se produce cuando el contrato, reuniendo sus elementos esenciales, adolece de vicios en la formación o constitución de alguno o algunos de ellos. A este grado de ineficacia se refiere el artículo 1300 que, presuponiendo la concurrencia en el contrato de los elementos esenciales -consentimiento, objeto y causa-, contempla el supuesto de que adolezca de alguno de los vicios que los invalidan, conforme a la ley. Estos vicios son el error, dolo, violencia e intimidación (art. 1265 y siguientes) y falsedad de la causa (art. 1301, párrafo 3º).
- d) Rescisión, grado de ineficacia que presupone un contrato válidamente celebrado (artículo 1290 CC), que se rescinde o queda ineficaz a virtud de sobrevenir lesión o perjuicio para alguno de los contratantes o para terceros por alguna de las causas señaladas en el Código Civil (art. 1291 y siguientes del CC).

Por tanto en el primer y en el segundo la acción sería imprescriptible por ser o bien inexistente o nulo "ab initio", pues la inexistencia y la nulidad absoluta tienen la consecuencia de no producir efecto jurídico alguno como tal contrato inexistente sin que pueda ser objeto de confirmación ni de prescripción sanatoria, al excluir tal posibilidad el artículo 1310 del Código Civil, mientras que la nulidad relativa o anulabilidad es susceptible de producirlos, en tanto no sea anulado el contrato, en virtud de acción, y con posibilidad además de ser confirmado mediante renuncia por quien podría invocar el vicio o defecto de que adolece, y por último la rescisión parte de la existencia de un contrato válido (art. 1290 CC).

En atención a lo expuesto, y con respecto a la anulabilidad el artículo 1.301 del Código Civil establece que "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr...En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieran cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato"; en cuanto al día de inicio del plazo de prescripción, la STS de 11 de junio de 2003 establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato -en el mismo sentido sentencias de TS de 11-7-84 y 27-3-89-; añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. A partir de esta jurisprudencia básica del TS, se distingue entre los contratos

de tracto único y los contratos de tracto sucesivo, en este sentido la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2015 establece "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala, núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea

hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"»...5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil...La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año

1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción...La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113)...En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento...Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo..."

Pues bien, aún cuando en la propia demanda se haga referencia a que los demandantes no se percataron de las condiciones del préstamo suscrito hasta que en febrero de 2010 comenzaron a abonar liquidaciones que superaban la cantidad de 800 € de las cuotas iniciales, no es hasta el 24 de octubre de 2012 cuando tras el vencimiento anticipado del préstamo cuando son conscientes, pues sin perjuicio de que el 2010 conocieran los

incrementos de la cuota trimestral que abonaban, de lo que no eran conscientes en ese momento ni se acredita hasta el año 2012, el 24 de octubre, es que además el abono de la cuota pactada no estaba produciendo la esperada rebaja del capital adeudado, sino que este se había incrementado exponencialmente durante ese tiempo, pues entonces pasaron a tener conocimiento que adeudaban 375.639,80 €, cantidad incluso superior en 100.000 € a los 273.000 € inicialmente solicitados; por lo que desde dicho momento y hasta el 5 de Marzo de 2013, no habían transcurrido los cuatro años.

QUINTO.- Con respecto a la acción de nulidad por error invalidante en el consentimiento prestado por los demandantes que se invoca, el artículo 1.261 del CC establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Tradicionalmente se ha distinguido entre el error obstativo o invalidante, de un lado, también denominado error en la declaración negocial (SAP Madrid, Sección 14, de 3 de septiembre de 2012), al que se refiere el artículo 1266-1 del Código Civil, que determina la inexistencia del negocio por falta de uno de sus requisitos esenciales, por ausencia radical de voluntad; y, de otro lado, el error sobre el contenido del contrato, como vicio del consentimiento, que sólo provoca la anulabilidad del contrato. La reiterada doctrina jurisprudencial dictada en torno al error regulado en el artículo 1266 del Código Civil, que determina que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, que sea sustancial o esencial, es decir que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato (STS de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe (STS de 24 de enero de 2003, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006), doctrina recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid anteriormente citada, de 9 de septiembre de 2013, que recoge la del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre de 2012.

Pero además, cuando se alega el error como vicio de consentimiento por omisión de los deberes de información de la entidad bancaria, como es el caso, también debe tenerse en cuenta que el dolo, como vicio del consentimiento, puede manifestarse a través de conductas pasivas o reticentes que, resultando finalmente engañosas, inducen a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo si el otro contratante hubiera actuado con la debida diligencia y con la buena fe exigible poniendo de manifiesto el alcance del contrato, como recoge el artículo 1269 del Código Civil, y que comprende tanto la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante, como también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, omitiendo hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico -STS de 11 mayo 1993, 23 marzo 1994, 29 diciembre 1999, 27 noviembre 1998 y sentencia también de 11 diciembre 2006 que concreta que constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión del contrato y respecto de las que existe el deber de informar según la buena fe y los usos del tráfico", y en el mismo sentido las de 25 abril 2009, 5 mayo 2009 y 5 marzo del año 2010-.

A este respecto, la STS de 30 de Junio de 2015 anteriormente citada sigue diciendo, *"esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error."*

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente".

SEXTO.- Partiendo de que los actores deben ser calificados de consumidores, y como tales merecedores de la máxima protección; y con respecto a la carga de la prueba hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

De este modo y si nos encontramos ante un producto complejo para clientes minoristas sin formación financiera, en tanto en cuanto, resulta preciso conocer tanto la operativa del índice de referencia, el Libor -tasa de interés interbancaria del mercado de Londres sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euríbor-, como las variaciones de los tipos de cambio en

el mercado de divisas, que no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista, pues el riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato, siendo el riesgo más evidente que quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados, de modo que asumirá el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas en una doble representación, bien que con la misma cantidad de euros amortizará menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro, o bien que para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota; pero concurriendo además otro más importante y que no es otro que pese al pago de las cuotas y pese a que en principio estarías retribuyendo capital e intereses, el capital no se reduce sino que se incrementa, de modo que el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés puede quedar neutralizado con el riesgo del sobre coste de amortización del capital si este queda sometido al sistema de recálculo permanente; y finalmente existe otro riesgo en el caso de los supuestos de cambio de divisa, y este viene derivado de que esta opción venga precedida de una previa consolidación en euros del capital prestado, lo que se acentúa por el hecho de que para poder ejercitar ese derecho si están al corriente de las obligaciones de pago, de modo que en una coyuntura económica adversa, tendrían que advertir con suficiente antelación el riesgo de no poder atender sus obligaciones de pago, porque en otro caso, si ese riesgo les sorprende, ya no pueden cambiar la moneda y quedan atrapados en la evolución de la divisa de que se trate, pero si lo predicen tendrían que asumir que deben un capital probablemente muy superior al recibido en euros. Concurriendo en este caso un riesgo adicional, que sólo concurre en los casos en que, como éste, el préstamo conlleva la afectación hipotecaria de dos inmuebles diferentes, la dificultad de vender uno de los inmuebles, porque en teoría para ello sería preciso cancelar la hipoteca en su totalidad, con el esfuerzo económico que ello supondría. Finalmente se añade a todo esto que el tipo de interés y la divisa se determinan trimestralmente, lo que supone una permanente alerta para el prestatario.

Por tanto en el préstamo litigioso el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actúa como contravalor en euros del montante del capital debido en yenes, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en yenes, como pone de manifiesto la pericial practicada por la demandante (folio 125 y sig.), y que se modifica continuamente, incluso al alza, aunque se abonen las cuotas pactadas; de modo que al precio teórico del contrato que para el prestatario es el tipo de interés, se añade otro que se irá determinando en futuro sobre el precio de un concreto activo, que realmente hace las veces de activo subyacente: el tipo de cambio de las divisas.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa resulta precisa la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que

por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

SEPTIMO.- Partiendo de lo anterior y de la prueba practicada en el presente procedimiento ha resultado acreditado:

1) Los demandantes y el codemandado solicitaron a CATALUNYA BANC SA una hipoteca multidivisa a través de , agente colaborador de CATALUNYA BANC SA, licenciado en económicas y cuya labor según define él mismo en la testifical practicada en el acto del juicio, era captar clientes de todo tipo, siendo la mayoría de las operaciones que se realizaban de hipoteca multidivisa, percibiendo comisiones de la entidad bancaria por la formalización de estas operaciones; el conocimiento de este producto le llega a la demandante a través de una compañera de trabajo , reconociendo el testigo haber trabajado con diversas personas de esa entidad; este comercial se desplazada al domicilio de la persona interesada y explicaba las condiciones que el Banco le había transmitido. Este testigo pone de manifiesto que facilitaba históricas de tipo de cambio y de los riesgos, tanto si subía como si bajaba, especificando que la hipoteca se concedía en yenes, y de las previsiones más próximas de los tipos de cambio. Este testigo manifiesta que una vez explicadas las condiciones el cliente acudía a la oficina a abrir la cuenta, pagaba la tasación de los bienes y luego ya se firmaba en la notaría, informando el Director de la Sucursal cuando se acudía a abrir la cuenta.

2) En cuanto a la información facilitada por CATALUNYA BANC SA, el Director que comparece como testigo al acto del juicio, manifiesta que solía reunirse antes de la firma con los clientes, y se aseguraba de que el perfil era correcto, aunque no pone de manifiesto la forma de evaluar el perfil, añadiendo que la única información que se daba era una histórica de evolución, no constando proyecciones de futuro.

3) La información precontractual escrita es inexistente, no se realizó oferta vinculante. No consta en el procedimiento que Catalunya Banc facilitara a los prestatarios, con carácter previo a la firma de la escritura de préstamo, un folleto, borrador u otra clase de información distinta a la que, de modo verbal, les dio el director de la sucursal ni que después se pusiera a su disposición, con una antelación suficiente, el borrador o proyecto de la escritura pública de préstamo a fin de poder realizar una reposada lectura de su contenido, que les hubiera permitido recabar por sus medios de terceros una aclaración o explicación del funcionamiento del producto que iban a contratar, en especial de la cláusula de amortización en yenes y de la opción multidivisas, y, en definitiva, ponderar su conveniencia en consideración a los riesgos inherentes al mismo, quedando impedida la posibilidad, en todo caso, de solicitar del notario autorizante del documento las explicaciones pertinentes sobre los conceptos o extremos no comprendidos, que difícilmente pueden surgir de una somera y rápida lectura. No se ha aportado tampoco el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia de los demandantes, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento. La entidad bancaria incumplió, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, conforme al artículo 19 de la Ley 36/2003 y de incluir la propuesta en la oferta vinculante.

4) No consta la información que CATALUNYA BANC SA recabó de los demandantes, ni sobre su formación, no constando acreditada una formación financiera adecuada para comprender los riesgos del producto, no realizando test de conveniencia alguno.

5) En cuanto al contenido de la escritura no supera el control de transparencia sobre los riesgos de la cláusula multidivisa. A la firma de la escritura pública, acude el Director pero no consta que con anterioridad lo conocieran y pudiera solventar las dudas que

eventualmente se plantearan, no constando la entrega del borrador con anterioridad. A este respecto es evidente el fin de la pues se pretendía reducir las cargas derivadas del préstamo anteriormente suscrito por D con otra entidad y en la que los ahora demandantes eran avalistas otorgado el 21 de Abril de 2006 (doc. 2, folios 50 y sig.), y, la cláusula SEGUNDA ("amortización del préstamo") que, desde la perspectiva del deudor hipotecario, es un apartado clave porque en él se explican las cuestiones más relevantes de la carga económica del préstamo, no sólo no sea hace referencia alguna al riesgo de fluctuación de las monedas, pese a que sería necesario que así fuera para cumplir con el estándar mínimo de transparencia.

En definitiva, la escritura no proporcionaba información transparente y de calidad sobre la determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales, la forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas ni sobre los distintos niveles de riesgo vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda de capital puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro; que el mayor riesgo de variación de las cuotas de amortización no estaba en las oscilaciones del tipo de interés aplicable, sino en el cambio aplicable a las monedas y sobre que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en yenes, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas; que precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello, además de fijar la responsabilidad hipotecaria por el contravalor en euros más un 25% adicional, en los casos mencionados, por lo que los prestatarios deberían arbitrar sus propias medidas de protección, que carecen de correlativo lógico en el contrato; y finalmente que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado, de modo que el prestatario debe tener en cuenta la dificultad de vender uno de los inmuebles en condiciones económicas adversas o si se pretende una amortización parcial del préstamo, porque para ello sería preciso cancelar la hipoteca en su totalidad.

7) En estas condiciones, las menciones genéricas contenidas en la escritura en la parte final por parte del Notario de que a pesar de considerar que la operación no se encontraba sujeta a la Orden de 5 de Mayo de 1.994, advierte a los prestatarios de los riesgos que implica la fluctuación de los tipos de cambio, entremezcladas con otras advertencias relativas a la protección de Datos, y alejada de todas las cláusulas anteriores son suficientes ni adecuadas para entender que esa información realmente fuera explicada a los demandantes y comprendida por ellos.

OCTAVO.- Así las cosas y partiendo de lo anterior, y sin perjuicio de que las cláusulas de la escritura referidas a la opción multidivisa deben ser declaradas nulas por no superar el control de transparencia -pues como recoge la STS de 9 de mayo de 2013 tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (*la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*) ni la carga jurídica del mismo (*la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*); no existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, del Euribor o del tipo de

cambio euro/yen en el momento de contratar; y la única advertencia real sobre el riesgo de fluctuación está enmascarada junto con la exhaustiva información sobre protección de datos, de forma que se dificulta su identificación y la comprensión de la importancia de lo que considerado aisladamente sería claro, porque está inmerso en otras informaciones que diluyen la atención de los demandantes, en su condición de consumidores. Pero además de esa falta de transparencia, como recoge la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11)-, se evidencia el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multdivisa, pues se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria, y se evidencia de la práctica identidad entre la escritura litigiosa y la examinada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de Marzo de 2016 (apareciendo que las únicas cláusulas negociadas en todo caso con

a través de CATALUNYA

BANC SA viene referida exclusivamente al porcentaje de incremento de los intereses sobre el índice de referencia (LIBOR); el contrato, por un lado, afecta a la vivienda habitual de uno de los prestatarios y aquí codemandado y a una segunda vivienda propiedad de los padres, y, por otro, responde a la necesidad de renegociar los términos de la hipoteca anteriormente constituida por las dificultades económicas que tenía para hacer frente a las obligaciones de pago derivadas de esas cargas, y la entidad bancaria, que debió analizar la situación económica de los demandantes, tuvo que ser consciente de esa realidad, lo que aleja el contrato de cualquier ánimo especulativo y lo sitúa en el ámbito doméstico de la necesidad de reducir las cuotas de la hipoteca con la simple intención de poder pagarlas. De modo que existió un desequilibrio que se evidencia en cómo la entidad bancaria redactó sin previa negociación con los demandados los elementos contractuales que le protegían del riesgo de fluctuación, con importantísimos efectos sobre los derechos de los demandantes, que podían ver resuelto de un día para otro un contrato programado con veinticinco años de duración y por circunstancias completamente ajenas a su comportamiento contractual, que no fue acompañada de una información honesta y leal sobre la forma en que ese mismo riesgo afectaba a los prestatarios-, apareciendo acreditada la existencia del error del consentimiento prestado por los demandantes y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multdivisa, pues el consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, de modo que debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante y dolo omisivo de la entidad bancaria demandada, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por un error tan relevante y excusable, en los términos que describe el art. 1266 CC, que lo convirtieron en inoperante, que no pudo ser salvado por la formación personal ni por la experiencia financiera de los demandantes, completamente insuficiente para entender la naturaleza y funcionamiento de hipoteca multdivisa, ni los riesgos asociados; pues el error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media, atendidas todas las circunstancias expuestas. Resulta de aplicación, en este punto, la doctrina expuesta en la STS de 20 de enero de 2014 sobre la omisión de los test regulados en la LMV -y que en este caso se correspondería con la documentación requerida por la legislación anterior-, sobre la que el TS considera que, si bien no impide que en algún caso el cliente goce del conocimiento necesario y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, presunción que en este caso no ha quedado desvirtuada por la prueba practicada.

NOVENO.- Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, pues como se recoge en la sentencia anteriormente citada del Juzgado de Primera Instancia nº 84, la apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores -*La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13/CEE "se opone al artículo 83 [en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor"*-; resulta de aplicación, la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos -*que después de recordar que a diferencia de otros, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur (lo válido no es viciado por lo inválido), se indica en que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009), explicando en el caso de los contratos con consumidores la LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia-; la inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse*

también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 1); la solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veinticinco años; y no resulta de aplicación la jurisprudencia citada por la parte demandada sobre la imposibilidad de aplicar la nulidad parcial de los contratos cuando se aprecia vicio del consentimiento, porque en este caso concurre la peculiaridad de que la nulidad resulta, en primer lugar, de la vulneración del TRGDCU; ni tampoco se aprecia tal imposibilidad por el hecho de que los contenidos afectados no se aglutinen en una cláusula concreta, porque precisamente su dispersión a lo largo de la escritura es uno de los factores claves en la valoración de su falta de transparencia y de su abusividad. En todo caso, dichos contenidos han quedado perfectamente identificados en esta resolución.

DECIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 394-1 de la LEC se imponen las costas de I a la parte demandada CATALUNYA BANC SA, en la que no se aprecia temeridad a los efectos establecidos en el apartado 3 del citado artículo, no procediendo imposición de las de DON

FALLO

Estimando íntegramente la demanda interpuesta por
S^a [redacted], representada por el Procurador D^o [redacted]
[redacted] SA, contra CATALUNYA BANC SA y

1) DECLARO la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por D [redacted] y D [redacted] con CATALUNYA BANC SA en la escritura pública de ocho de Mayo de 2007 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, declarando de manera integradora que la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL EUROS (273.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 273.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 1), conforme a lo explicado en esta resolución.

- 2) Condono a la demandada CATALUNYA BANC SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.
- 3) Condono a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, debiendo presentarse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir del siguiente a la notificación de esta sentencia. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banco de Santander con el número 2441/0030/04/0337/14, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ), encontrándose exentos de constituir el



mismo los incluidos en el apartado 5 de la Disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta mi Sentencia, de la que unirá certificación a los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estándose celebrando audiencia pública, en el día de su fecha. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

